A Conciliação e a Mediação no novo Código de Processo Civil e nas Leis n. 13.129/2015 e 13.140/2015

Ricardo Cunha Chimenti[1]
Juiz substituto em segundo grau do TJSP

1. A construção do novo Código de Processo Civil

Este trabalho foi redigido com base na redação do novo Código de Processo Civil e sob a luz da evolução legislativa que parte do Projeto de Lei do Senado Federal 166/2010 (casa iniciadora do novo CPC) e passa pelo Projeto de Lei n. 8.046/2010 da Câmara dos Deputados (que introduziu diversas emendas no Projeto de Lei n. 166/2010, do Senado Federal). Considerou, ainda, as mudanças implementadas na Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) pela lei n. 13.129/2015 e a Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação.

Em razão das emendas efetivadas pela Câmara dos Deputados no Projeto de Lei originário do Senado Federal, o Projeto nela aprovado passou a ser denominado ***substitutivo*** da Câmara dos Deputados, e retornou para o Senado Federal conforme determina o parágrafo único do artigo 65 da Constituição Federal.

No Senado Federal o substitutivo da Câmara dos deputados teve preferência na votação sobre o projeto originário do Senado e assim foram positivadas as normas a seguir analisadas, conforme Lei n. 13.105, publicada em 17 de março de 2015.

Os temas, contudo não novos no Brasil.

Arbitragem, Conciliação e Justiça de Paz eram temas assim disciplinados na Constituição do Império (1824):

> *Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.*
>
> *Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.*
>
> *Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.*

[1] O autor é Juiz Substituto em segundo grau do Tribunal de Justiça de São Paulo e professor da Escola Paulista da Magistratura, da Universidade Mackenzie e do Complexo Educacional Damásio de Jesus. Foi coordenador do Centro de Conciliação do Fórum Central de São Paulo, do Juizado Itinerante Permanente do Estado de São Paulo, do Juizado Especial Cível Central e de diversos Anexos Universitários de Juizados Especiais. Também atuou como Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça, da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, da Direção da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e da Corregedoria Geral de Justiça do TJSP. É autor de obras jurídicas.

Do preâmbulo da CF/1988, ademais, se extrai:

> *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.*

2. A Conciliação e a Mediação no novo Código de Processo Civil

O art. 3º do novo CPC, em reforço ao que já estabelece o inciso XXXV do art. 5º da CF, dita que: "Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito".

E nos seus §§ 2º e 3º estabelece que:

> *§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.*
>
> *§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

Ao tratar dos poderes e deveres do Juiz, o novo CPC traz as seguintes previsões pertinentes à conciliação e à mediação:

> *Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*
>
> *...*
>
> *V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;*
>
> *VI – ...*

A autocomposição pode ser direta (ou bipolar), a exemplo da negociação, ou indireta (ou triangular), a exemplo da conciliação e da mediação.

Já no ano de 1986, Cândido José Dinamarco[2] lecionava que:

> *Conforme ensinamento tradicional e prestigioso na teoria do direito, a autocomposição pode dar-se: a) mediante inteira submissão do*

[2] *Manual das Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1986. p. 77-78.

> *réu à pretensão do autor, declarando-se disposto a satisfazê-la sem (mais) opor-lhe resistência e sem discutir quaisquer pontos de fato ou de direito relativos a ela (reconhecimento do pedido); b) mediante renúncia do autor ao seu alegado direito, para deixar de ser credor se antes o era e fazer com que assim se extinga qualquer nexo jurídico--substancial que eventualmente o ligasse ao réu em torno do objeto do litígio; c) mediante mútuas concessões entre as partes, declarando-se o réu disposto a satisfazer parcialmente a pretensão do autor, contanto que este renuncie a impô-la por inteiro, e declarando-se o autor pronto a essa renúncia parcial (transação).*
>
> *Finalmente, em caso de se entenderem as partes para a mera desistência da ação pelo autor, ter-se-á a extinção do processo sem julgamento do mérito, ou seja, extinção do processo apenas, sem a do conflito em si mesmo; o crédito eventualmente existente perdurará e também o seu poder de voltar à liça, em novo processo (a ação não fica extinta: cfr. CPC 267, inc. VIII, e 268). Essa não é a conciliação ideal, mas em alguns casos poderá ser a possível e talvez satisfatória para pacificar ao menos temporariamente os litigantes e deixar por conta do tempo a consolidação da cura.*

3. O mediador e o conciliador

Há distinções entre o mediador e o conciliador. O mediador é um facilitador que estimula as partes a encontrar uma solução harmônica para o litígio, enquanto o conciliador tem papel mais propositivo, e quando necessário oferece às partes alternativas por ele próprio desenvolvidas para a solução do litígio.

Ao dispor sobre os auxiliares da Justiça, o novo CPC estabelece que:

> *Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias (sublinhei).*

Ao incluir conciliadores e mediadores judiciais (devidamente cadastrados) entre os auxiliares da Justiça, o novo CPC garante presunção relativa de veracidade aos atos por ele praticados.

Na sequência, em seu artigo 165 o novo código estabelece:

> *Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.*
>
> *§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.*

> *§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.*
>
> *§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.*

De acordo com o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 13.140/2015, "Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia".

Somente o conciliador e o mediador judicial (cadastrados na forma do *caput* do art. 167 do novo código e que recebam processos por distribuição oficial na forma do § 2º do mesmo artigo) é *Auxiliar da Justiça*.

De acordo com o art. 11 da Lei n. 13.140/2015, poderá atuar como *mediador judicial* a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Por outro lado o art. 9º da Lei n. 13.140/2015 dita que "Poderá funcionar como mediador *extrajudicial* qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se".

Naqueles aspectos em que o NCPC (que somente entra em vigor em março de 2016) conflitar com a Lei de Mediação (que entra em vigor no mês de dezembro de 2015), sem a possibilidade de uma interpretação razoável sob a luz do Diálogo das Fontes, prevalecerá a Lei de Mediação. Ou seja, há disposições do NCPC que serão derrogadas ou ab-rogadas antes mesmo de sua vigência, circunstância que no passado já foi apreciada pelo C. Supremo Tribunal Federal ao decidir via *Habeas Corpus* conflito entre norma do ECA (Lei n. 8.069/1990) e da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990). Prevaleceu que uma norma pode ser revogada durante a sua *vacatio legis* em decorrência da vigência de outra lei nova naquele período (HC/STF 81.453).

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Em seu artigo 7º, a Resolução 125 estabelece que os Tribunais devem possuir **Núcleos** Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, os quais são responsáveis, essencialmente, pela formulação da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos, pela instalação dos **Centros** Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e por incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos.

Os Núcleos poderão estimular, também, programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação judicial.

O conciliador tem postura mais intervencionista e sugere alternativas que visam superar conflitos entre aqueles que não mantinham vínculos anteriores ao conflito. O mediador trabalha para que aqueles que mantinham vínculos anteriores ao conflito encontrem uma solução conciliatória para a superação de seus conflitos.

Ao estipular que em casos excepcionais as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores, o novo CPC apenas prioriza a realização de tais sessões em ambiente próprio designado pelo respectivo Tribunal (o qual pode ser montado sob a luz de uma arquitetura propicia para uma solução conciliada do conflito), em detrimento da sala de audiências do Juiz (ambiente normalmente mais formal).

O inciso V do artigo 139 do novo código deixa claro que ao juiz sempre é possível promover a autocomposição, com o auxílio de conciliadores e mediadores. Ou seja, a atividade não passa a ser privativa de conciliadores e mediadores, que são auxiliares do juízo.

4. Princípios informadores da mediação e da conciliação

O artigo 166 do novo CPC explicita os princípios informadores da mediação e da conciliação, nos seguintes termos:

> *Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.*
>
> *§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.*
>
> *2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.*
>
> *§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.*
>
> *§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.*

O artigo 2º da Lei n. 13.140 acrescenta que a mediação também deverá observar os princípios da isonomia entre as partes, da busca do consenso e da boa-fé.

O anexo III da Resolução 125 do CNJ, ao estabelecer o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, explicita o conteúdo de diversos dos princípios expostos neste artigo 167, nos seguintes termos:

Independência – dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexequível;

Imparcialidade – dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

Autonomia da vontade – dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

Confidencialidade – dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese. De acordo com o art. 7º da Lei n. 13.140/2015, "O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador";

Decisão informada – dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido.

A **oralidade** e a **informalidade**, por outro lado, são princípios extraídos do Sistema dos Juizados Especiais, berço originário e maior da conciliação. De acordo com o artigo 2º da Lei n. 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais, "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação".

Pelo princípio da Oralidade somente os atos essenciais serão registrados por escrito.

O princípio da Informalidade orienta que os atos processuais sejam considerados válidos sempre que atingirem as finalidades para as quais forem realizados, não se pronunciando qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo devidamente demonstrado.

5. Habilitação e Impedimentos dos conciliadores e mediadores

Dita o artigo art. 167 do novo CPC:

> *Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.*
>
> *§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular mínimo definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.*

> *§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.*
>
> *§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.*
>
> *§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, e para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.*
>
> *§ 5º Os conciliadores e mediadores cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenham suas funções.*
>
> *§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.*

Este artigo 167 do novo código cria um cadastro de conciliadores e mediadores que nele serão inseridos após preencherem o requisito de capacitação mínima. O Projeto de Lei originário do Senado federal trazia regra que garantiria maior segurança ao destinatário do serviço, pois somente permitia a inserção no registro de conciliadores e mediadores daqueles que preenchessem o requisito da capacitação mínima e mais os requisitos exigidos pelo respectivo Tribunal.

A fim de vedar o acesso de pessoas inidôneas no registro de conciliadores e mediadores, que passam a ser auxiliares da Justiça, há que se permitir que cada Tribunal afira a idoneidade do interessado. Ademais, a regra que impõe a participação do Ministério da Justiça na definição do parâmetro curricular de alguém que atuará como auxiliar da Justiça é de duvidável constitucionalidade.

A partir da inserção no cadastro é que conciliadores e mediadores passarão a receber as causas em que atuarão, por meio distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

Os dados essenciais sobre as atividades desenvolvidas por cada conciliador serão publicados periodicamente.

O texto final do novo CPC reduz as restrições previstas no PLS 166/2010, em forma de impedimentos, quanto ao exercício da advocacia pelos mediadores e conciliadores. Enquanto o PLS 166/2010 ditava que o impedimento se dava no âmbito da competência do respectivo Tribunal, o que atingiria todo um Estado (Justiça Estadual) ou toda uma Região (Justiça Federal), o novo CPC traz que os conciliadores e mediadores cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenham suas funções.

Impedimento é a proibição parcial do exercício da advocacia, a exemplo do advogado de uma autarquia que não pode exercer a advocacia contra o ente público que o remunera, mas pode promover ações contra outras pessoas.

Incompatibilidade é a proibição total do exercício da advocacia, ainda que em causa própria, a exemplo das limitações impostas aos Magistrados (membros do Poder Judiciário).

O Conselho Federal da OAB, no Processo OE 031/95, Ementa 07/99/COP, julgado de 17-5-1999, entendeu que a função de conciliador implica incompatibilidade quanto ao exercício da advocacia e não simples impedimento. Sempre entendemos que a decisão é equivocada e viola o disposto no inciso XIII do art. 5º da CF.

A OAB de São Paulo, por sua vez, acertadamente concluiu que o exercício da função de conciliador, como tal definido na Lei n. 9.099/95, e com as características específicas inerentes aos Juizados Especiais do Estado de São Paulo (onde o serviço ainda é voluntário), não é incompatível com o exercício da advocacia, ressalvada a existência de impedimento ético, ou seja, deverá o conciliador abster-se de advogar no juízo onde exerça sua função (Parecer de 14-4-2000, rel. o advogado Miguel Alfredo Malufe Neto, aprovado em 14-5-2001). Nesse sentido, também já se posicionou o C. STJ, no julgamento do REsp 380.176.

De acordo com o Enunciado 40 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), "o conciliador ou o juiz leigo não está incompatibilizado nem impedido de exercer a advocacia, exceto perante o próprio Juizado Especial em que atue ou se pertencer aos quadros do Poder Judiciário".

O dispositivo em comento também explicita que a função de conciliador e mediador não é privativa de advogado ou de bacharel em direito.

6. A liberdade de escolha do mediador ou do conciliador pelas partes

Dita o artigo 168 do novo CPC:

> *Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.*
>
> *§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal.*
>
> *§ 2º Inexistindo acordo na escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.*
>
> *§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.*

O artigo em comento diz respeito à escolha de conciliadores e mediadores pelas partes, ou seja, quando já está em curso uma ação judicial. O artigo 175 do novo código, adiante comentado, prevê a conciliação extrajudicial.

A escolha do conciliador ou do mediador mediante consenso das partes, ainda que não esteja ele habilitado junto ao Tribunal, traduz uma reprodução parcial do § 1º do

artigo 13 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), segundo o qual "As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes".

O árbitro, contudo, não se limita a conduzir conciliações. É ele o juiz de fato e de direito, não estando sua sentença sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18 da Lei n. 9.307/96).

Os artigos 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem, na redação da Lei n. 13.129/2015, ampliam os poderes dos árbitros e lhes permite até mesmo a concessão de medidas cautelares ou de urgência, nos seguintes termos:

> *Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.*
>
> *Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.*
>
> *Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.*
>
> *Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.*

O *caput* do art. 22-B padece de inconstitucionalidade e viola a lógica do inciso XXXV do artigo 5º da CF/1988, pois retira do Estado-Juiz princípio básico de direito público pelo qual a palavra dada pelo Estado-Juiz sobre determinado tema é que obriga os particulares, e não o inverso. Sequer emenda constitucional tendente a abolir a independência do Poder Judiciário é aceita em nosso ordenamento jurídico (§ 4º do art. 60 da CF).

7. A remuneração dos conciliadores e dos mediadores

Dispõe o artigo 169 do novo CPC:

> *Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.*
>
> *§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.*
>
> *§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que haja sido deferida a gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.*

O art. 13 da Lei n. 13.140/2015, por outro lado, estabelece que "A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei". O § 2º do art. 4º aqui referido estabelece que aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

Em São Paulo a Lei Estadual n. 15.804, de 22 de abril de 2015, estabeleceu abono variável, de caráter indenizatório, correspondente a duas UFESPs/hora, até 16 horas semanais. Cada UFESP, em agosto de 2015, correspondia a R$ 21,25, circunstância que permite indenização de até R$ 2.720,00 por mês.

Em atenção aos princípios da moralidade e da impessoalidade que regem a administração pública (art. 37 da CF), penso que na hipótese de serviço remunerado deve ser observada a inteligência do § 3º do artigo 7º do Provimento n. 22 da Corregedoria Nacional de Justiça, o qual explicita que "Os conciliadores e juízes leigos, quando remunerados ou indenizados a qualquer título, serão recrutados por meio de processo seletivo público de provas e títulos, observados os princípios contidos no art. 37 da Constituição Federal".

Da análise conjunta do *caput* do art. 167 e do § 1º do art. 168 deste código extrai-se que o conciliador ou o mediador que atuam de forma autônoma não estão sujeitos a credenciamento obrigatório junto aos Tribunais e ao CNJ, mas as Câmaras Privadas de conciliação e mediação judicial somente podem atuar após o prévio cadastramento.

A contraprestação prevista no § 2º deste artigo 169 é de duvidável constitucionalidade, pois em contrariedade ao que dispõe o artigo 3º do Código Tributário Nacional (pelo qual o tributo é uma prestação pecuniária), institui (por lei ordinária e não por lei complementar cf. exige o art. 146 da CF/1988) uma espécie de taxa para pagamento *in labore*.

8. Declaração de Impedimento pelo Conciliador ou Mediador. A impossibilidade temporária

Sobre a declaração de impedimento do conciliador ou mediador, assim estabelece o art. 170 do novo código:

> *Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa, ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, devendo este realizar nova distribuição.*
>
> *Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.*

De acordo com o artigo 5º da Resolução n. 125 do CNJ, "Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os motivos de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e a substituição daqueles".

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados sobre o Projeto de Lei n. 7.087/2006, que culminou na edição da Lei n. 12.153/2009 (que dispõe sobre os Juizados da Fazenda Pública e dá ampla dimensão às atividades dos conciliadores), consta que os conciliadores "simbolizam a participação popular na administração da Justiça, uma das singularidades do Estado Democrático de Direito". Daí a relevância da certeza de sua imparcialidade.

O artigo 171 do novo CPC, por sua vez, trata da impossibilidade temporária nos seguintes termos:

> *Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.*

Trata-se de dever de zelo inerente a todos aqueles que prestam serviços públicos. Impõe-se ainda, no que couber, os deveres previstos no artigo 116 da Lei n. 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos da União).

O artigo 172, por sua vez, impõe uma espécie de quarentena moral aos conciliadores e mediadores, nos seguintes termos:

> *Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.*

O artigo 7º do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores, anexo da Resolução n. 125 do CNJ, sem estabelecer prazo final para o impedimento, já estabelecia previsão similar, do seguinte teor: "O conciliador ou mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução".

E a fim de dar eficácia aos preceitos éticos, o artigo 173 dita que:

> *Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:*
>
> *I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;*
>
> *II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.*
>
> *§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.*
>
> *§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até cento e oitenta dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.*

O art. 8º do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores também impõe que a condenação definitiva em processo criminal resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional. Penso que as restrições impostas pela Resolução devem ser lidas sob a luz do artigo 92 do Código Penal e do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).

9. A solução consensual dos conflitos no âmbito administrativo

A previsão do art. 174 do novo CPC complementa o que já estava previsto nas leis 10.259/2001 (Juizados Federais) e 12.153/2009 (Juizado da Fazenda Pública), as quais já autorizam a conciliação entre o particular e a administração pública, nos termos e nas hipóteses previstas na lei de cada ente da federação. Dita o artigo:

> *Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:*
>
> *I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;*
>
> *II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;*
>
> *III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.*

No mesmo sentido o Capítulo II da Lei n. 13.140/2015, que reserva nove artigos (art. 32/40) para a autocomposição dos conflitos nos quais seja parte pessoa jurídica de direito público e prevê que a instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição (art. 34), ressalvadas as matérias tributárias cuja suspensão da prescrição permanece sob a regência do CTN.

Penso que as disposições em comento são normas continuáveis e não exaurientes, circunstância que demandará a edição de leis federais, estaduais e municipais específicas para a viabilização de acordos. Lei exauriente é aquela cuja vigência é suficiente para a produção dos efeitos aos quais se destina, enquanto lei continuável é aquela que, mesmo vigente, ainda necessita de uma norma continuativa para atingir seu objetivo.

De acordo com os § 1º e 2º da Lei n. 9.307/1996, inseridos pela Lei n. 13.129/2015, a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. E a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

O § 3º do artigo 2º da Lei n. 9.307/1996, também decorrente da Lei n. 13.129/2015, de forma positiva estabelece que a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Quanto ao tema, também é importante destacar que a proposta de conciliação não deve ser interpretada como confissão, mas, sim, como concessão capaz de solucionar um litígio. Nesse sentido:

Enunciado 76 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF): "A apresentação de proposta de conciliação pelo réu não induz a confissão".

Outra regra importante sobre os acordos está no art. 850 do Código Civil de 2002, segundo o qual "É nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação".

O artigo 175 do novo CPC, por sua vez, dita que são possíveis outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais (a exemplo das bem-sucedidas experiências dos Procons) ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, nos seguintes termos:

> *Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.*
>
> *Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.*

O inciso IV do art. 784 do NCPC traz que entre os títulos extrajudiciais está o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

Já o artigo 20 da Lei n. 13.140/2015, ao tratar das disposições comuns à mediação judicial e extrajudicial (e o mediador extrajudicial não depende de cadastro junto ao Tribunal), dita que o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. E seu parágrafo único estabelece que o termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

10. O novo rito do processo de conhecimento

O artigo 334 do novo código estabelece que:

> *Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.*

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data da realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração especifica, com poder para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

No que pertine à mediação *extrajudicial*, o artigo 10 da Lei n. 13.140/2015 estabelece que as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. E seu parágrafo único dita que comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

Não se pode esquecer, contudo, que art. 277 do CPC/1973 também traz disposição pela qual o juiz designará audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, norma que por vezes era mitigada no interesse da celeridade do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988).

O art. 335 do novo código, por sua vez, dita que:

> *Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de quinze dias, cujo termo inicial será a data:*
>
> *I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;*
>
> *II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;*
>
> *III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.*
>
> *§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.*
>
> *§ 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação do despacho que homologar a desistência.*

A Constituição do Império exigia que fosse tentada a reconciliação prévia entre as partes como pré-requisito para se dar início a algum processo, reconciliação que era conduzida pelo juiz de Paz, eleito da mesma forma que os vereadores.

Castro Nunes[3] ensina que o objetivo maior da Justiça de Paz é:

> *Permitir aos Estados, na modelação de seus aparelhos, utilizar-se de uma forma de colaboração que, em nosso País, dada a sua extensão territorial, terá nisso uma razão de ser, porque o Juiz de Paz é a Justiça em cada distrito, ao pé da porta dos moradores de cada localidade, para as pequenas demandas que exijam solução pronta e abreviada nas formas processuais.*
>
> *Como indica a própria denominação, a Justiça de Paz corresponde ao juízo de conciliação, visa harmonizar as partes, evitando demandas.*

Costa Manso[4], porém, adverte que "o caráter liberal da instituição obliterou-se inteiramente. Hoje o Juiz de Paz, em regra, é um instrumento da política local e, portanto, um instrumento da opressão. Nem é mais Juiz, nem é da paz".

Felippe Augusto de Miranda Rosa, na pesquisa denominada "Justiça de Paz – uma instituição desperdiçada"[5], cujo trabalho de campo foi desenvolvido nas cidades fluminenses de Campos, Nova Friburgo, Nova Iguaçu e Volta Redonda, após destacar que nos locais marginalizados ou distantes geograficamente dos Tribunais os conflitos são resolvidos por mecanismos outros que não o aparelho judicial, relata que:

---

[3] *Teoria e prática do Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 511.

[4] Posição citada pelo Desembargador Antônio Carlos Alves Braga, Corregedor de Justiça do Estado de São Paulo nos anos de 1994 e 1995, em trabalho publicado no *DOE* – Poder Judiciário, caderno 1, seção XXIII, de 6/10/1995.

[5] Separata da *Revista de Jurisprudência do TJ RJ,* ano XX, 2ª fase, 1981, n. 46.

> *a virtual inexistência ou virtual inoperância de certos mediadores que se suponha serem muito atuantes, constituiu um dado relevante, cuja interpretação adequada exige e aguarda novos estudos específicos.*
>
> *Nesse caso está a Justiça de Paz. Em momento algum da coleta de dados, no trabalho de campo realizado nas quatro localidades referidas e região circunvizinha, foi percebida qualquer referência à ação conciliatória dos juízes de paz. Ora, mesmo diante da constatação de que o quadro de juízes de paz está desfalcado em todo o Estado, da não renovação oportuna dos mandatos periódicos dos que existiram e não nomeação de novos, seria de se supor que na referência a fatos passados, algumas observações remetessem os pesquisadores a intervenções de juízes de paz, no exercício justamente dessa função pacificadora que é um pressuposto de sua denominação, e que se constitui numa conciliação dos interesses divergentes (que configura mediação no sentido estrito. O fato chamou a atenção precisamente pela sua contradição ao que seria razoável esperar.*

Já na vigência da CF de 1988 se buscou reintroduzir em nosso ordenamento jurídico uma tentativa de conciliação prévia pré-processual obrigatória, de forma que a reclamação trabalhista tivesse o seu processamento condicionado à prova de que o litígio havia sido previamente submetido a uma Comissão de Conciliação prévia da empresa ou do sindicato da categoria (art. 625-D da CLT na redação da Lei n. 9.958/2000).

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que demandas trabalhistas podem ser submetidas ao Poder Judiciário antes que tenham sido analisadas por uma comissão de conciliação prévia. Para os ministros, esse entendimento preserva o direito universal dos cidadãos de acesso à Justiça. A decisão é liminar e vale até o julgamento final da matéria, contestada em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 2139 e 2160). Sete ministros deferiram o pedido de liminar feito nas ações para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 625-D da CLT, que obrigava o trabalhador a primeiro procurar a conciliação no caso de a demanda trabalhista ocorrer em local que conte com uma comissão de conciliação, seja na empresa ou no sindicato da categoria. Com isso, o empregado pode escolher entre a conciliação e ingressar com reclamação trabalhista no Judiciário.

Para Ayres Britto, a solução dada pelo Plenário "estimula a conciliação e mantém uma tradição da Justiça Trabalhista de tentar a conciliação, sem sacrificar o direito universal de acesso à jurisdição [pelos cidadãos]".

Ele lembrou voto do ministro Marco Aurélio no sentido de que, quando a Constituição quer excluir uma demanda do campo de apreciação do Judiciário, ela o faz de forma expressa, como ocorre, por exemplo, na área desportiva. Nesse caso, o ingresso no Judiciário somente pode ocorrer após se esgotarem as instâncias da Justiça Desportiva (parágrafo 1º do artigo 217).

Último a se pronunciar sobre a matéria, o ministro Cezar Peluso disse que a decisão do Supremo está na "contramão na história". Segundo ele, o dispositivo da CLT não representa bloqueio, impedimento ou exclusão do recurso à universalidade da jurisdição:

> *Eu acho que, com o devido respeito, a postura da Corte, restringindo a possibilidade da tentativa obrigatória de conciliação, está na contramão da história, porque em vários outros países hoje há obrigatoriedade do recurso às chamadas vias alternativas de resolução de conflitos, até porque o Poder Judiciário não tem dado conta suficiente da carga de processos.*

Para ele, a regra da CLT representa "simplesmente uma tentativa preliminar de conciliar e de resolver pacificamente o conflito, com a vantagem de uma solução não ser imposta autoritariamente". "As soluções consensuais são, em todas as medidas, as melhores do ponto de vista social", concluiu.

A conciliação prevista no artigo 334 do novo CPC é designada após o ajuizamento da ação, ou seja, não estabelece indevida restrição de acesso ao Poder Judiciário. E o § 10 deste artigo 334 deixa claro que a parte não está obrigada a comparecer pessoalmente às audiências, podendo constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

Sob o aspecto procedimental o novo CPC posterga o termo inicial da contagem do prazo para a contestação para o final da fase conciliatória, de forma a bem evitar que os demandados sejam obrigados a comparecer armados de contestação a uma audiência que busca uma alternativa não litigiosa de solução do conflito.

No PLS 166/2010 bastava que uma das partes manifestasse desinteresse para que a tentativa de conciliação fosse dispensada. O novo CPC, porém, traz que a dispensa da tentativa inicial de conciliação, nas hipóteses em que ela é juridicamente possível, depende de expressa manifestação de todas as partes envolvidas na questão.

Para a hipótese de ausência de uma das partes à tentativa de conciliação o novo CPC impõe consequência (multa) menos gravosa do que aquela prevista pelo § 2º do artigo 277 do CPC/1973, que autoriza sejam reconhecidos como verdadeiros os fatos alegados na petição inicial caso o réu deixe de comparecer injustificadamente à audiência de tentativa de conciliação nos processos submetidos ao procedimento sumário.

11. Experiências quanto às vias alternativas de solução dos litígios em Portugal, Moçambique, Cabo Verde e na França

Portugal aprovou a Lei n. 78, de 13 de julho de 2001, que prevê a criação de Julgados de Paz, com áreas territoriais limitadas aos conselhos ou freguesias, com competência para decidir questões de até, aproximadamente, R$ 10.000,00. O juiz de Paz não é togado, sendo eleito pelos membros da Assembleia Municipal da localidade que irá servir, conforme lista de bacharéis em direito previamente selecionados pelo Conselho Superior da Magistratura.

Leciona a Magistrada portuguesa Ana Carolina Veloso Gomes Cardoso[6] que "ao lado do juiz de Paz funciona uma pré-instância de mediação obrigatória, a ser exercida por mediadores".

[6] *Boletim do III Encontro de Magistrados de Língua Portuguesa*, Associação dos Magistrados Brasileiros, 2001.

O pedido pode ser apresentado por escrito ou oralmente, e não é obrigatória a constituição de advogado. Havendo acordo, este será homologado pelo juiz de Paz. Ausente o autor, extingue-se o pedido com base na desistência. Ausente o réu, presumem-se confessados os fatos alegados pelo autor.

Não havendo acordo, é designada a audiência de julgamento, podendo cada uma das partes se fazer acompanhar de cinco testemunhas. Havendo necessidade de perícia, o processo é encaminhado para o Juízo Comum da Comarca.

Da sentença do juiz de Paz cabe recurso para o juiz togado da Comarca.

Em Moçambique, que já contou com Tribunais Populares de bairros e aldeias durante sua experiência socialista, a estrutura judiciária oficial não alcança grande parte do país, sendo substituída informalmente por Tribunais Comunitários que julgam de acordo com o direito consuetudinário. Leciona a Magistrada Vitalina Papadakis[7] que "raramente os litígios das comunidades são resolvidos em instâncias como a Polícia e os Tribunais, sendo resolvidas pela própria comunidade". Os principais problemas resolvidos pelas instâncias informais são os relativos à posse de terras, pequenos furtos, problemas conjugais, comercialização agrícola e feitiçaria.

Em Cabo Verde, a primeira Lei de Organização Judiciária pós-independência (Lei n. 35, de 16 de outubro de 1975) instituiu os Tribunais de Zona, compostos por três a cinco juízes eleitos e que se destinavam a julgar causas cíveis e criminais de menor complexidade. Contudo, conforme leciona Manuel Alfredo Monteiro Semedo[8]:

> *Com o advento do pluripartidarismo foram extintos os Tribunais de Zona, transferindo e repartindo as suas competências para os tribunais regionais e sub-regionais; tal ficou a dever-se ao facto de os Tribunais de Zona serem integrados por militantes partidários ou milicianos.*

Na França, desde 1976 há a figura do conciliador, pessoa idônea, não necessariamente de formação jurídica, que atua sem remuneração em local que lhe é reservado pela Municipalidade. Conforme ensina Felippe Augusto de Miranda Rosa[9]:

> *Em verdade, as motivações para a criação da figura do conciliador estão vinculadas principalmente à maior facilidade de acesso, pela inexistência de formalismos; à intenção de aliviar o parelho judiciário de litígios para os quais o recurso aos tribunais parece desproporcionado; remediar o vazio provocado pelo desaparecimento dos juízes de paz e, sobretudo, baixar o grau dos conflitos de pequena monta capazes, entretanto, de gerar conflitos mais graves.*

[7] *Boletim do III Encontro de Magistrados de Língua Portuguesa.*
[8] *Boletim do III Encontro de Magistrados de Língua Portuguesa.*
[9] *Separata da Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,* ano XX, 2ª fase, n. 46, 1981.

12. Ferramentas úteis para a conciliação e a mediação

Da primeira apostila de treinamento de conciliadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, elaborada pelos servidores Fábio Pacheco Dutra e Nelson Gonçales, e por mim revisada, extraímos as seguintes ferramentas para o incentivo da conciliação e da mediação:

> ***Recontextualização ou parafraseio*** *– repetir o que a pessoa disse, usando outras palavras, enfatizando os pontos positivos, incluindo todas as pessoas. Permitindo que ouçam suas histórias contadas por um terceiro neutro e imparcial. Exemplos: "Então você está me dizendo que...", "Deixe-me ver se eu lhe entendi bem...",*
>
> ***Audição de propostas implícitas*** *– As partes de uma disputa normalmente propõem soluções sem perceber que, na verdade, estão fazendo isso, busca o conciliador tornar essas propostas mais explícitas às partes.*
>
> ***Afago ou reforço positivo*** *(tratar com consideração).*
>
> ***Silêncio*** *(quando a resposta for insatisfatória faça perguntas e espere – não ação) – O silêncio muitas vezes cria a impressão de um impasse, que o outro lado sente-se compelido a romper, seja respondendo a sua pergunta seja formulando uma nova sugestão.*
>
> ***Troca de papéis*** *(gerar percepções recíprocas das razões do outro) - "Como é que você se sentiria se alguém procedesse assim com você?" "Como você teria agido se estivesse no lugar dele?".... Esclarece-se que esta ferramenta quando utilizada deve ser explicada às partes.*
>
> ***Geração de opções de ganho mútuo*** *(para facilitar o recuo das posições) – Amplia significativamente o campo de análise do conflito e abre aos interessados outras opções para solucioná-lo.*
>
> ***Normalização*** *(demonstração implícita de que conflitos são naturais)*
>
> ***Organização de questões e interesses*** *(concentrar-se nos interesses, não nas posições) – Um interesse pode ser definido como algo que a parte almeja alcançar ou obter. No processo de conciliação, serão apresentados os mais variados interesses – independente de estes serem ou não juridicamente tutelados ou protegidos. O conciliador, diante de tantas informações, terá de fazer o possível para conciliar os interesses de modo a possibilitar um consenso. Os interesses, antes de iniciada a conciliação, estão em conflito (divergência). O conciliador tentará fazer com que tais interesses saiam de um patamar divergente e se voltem para um convergente, para todas as partes envolvidas, e, desse modo, seja alcançada a melhor compreensão recíproca das partes, o aprendizado quanto a formas de melhor se dirimirem disputas e, como consequência, o acordo.*
>
> *O papel do conciliador é de facilitador e de filtro de informações. Por isso, deverá ele auxiliar as partes, esclarecendo, fazendo troca de papéis, resumindo o conflito, permitindo, desse modo, que as partes tenham uma visão mais ampla de todo o conflito e, por decorrência, dos interesses e das questões.*

Enfoque prospectivo *(gerar visualização de condições de construir o futuro) – As partes devem olhar para frente e não para trás, pois atenderão melhor seus interesses se falarem sobre onde gostariam de chegar, em vez de discutir com a outra parte sobre o passado.*

Possibilidade de sessões individuais *– são sessões privadas que, às vezes, poderão ser importantes para que a parte exprima fortes interesses sem aumentar o conflito, ou para eliminar uma comunicação improdutiva (seja por timidez, ânimos acirrados, entre outros).*

Perguntas orientadas a soluções *– No processo de conciliação, o conciliador deve buscar apenas as informações que precisa para compreender quais são os pontos controvertidos, quais são os interesses das pessoas envolvidas e quais sentimentos precisam ser endereçados para que as questões possam ser resolvidas a contento.*

De igual forma, o conciliador deve ter cautela na formulação de perguntas. Em determinadas situações, ser direto ou indireto demais pode dar causa a uma desconfiança quanto à sua parcialidade ou mesmo competência na compreensão do problema.